



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 4 7 / 2 0 1 1

(Sección 1ª)

La Laguna, a 3 de junio de 2011.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Puerto de la Cruz en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato administrativo para la explotación, en régimen de concesión, del bar-restaurante E.C., de la zona de restauración y mantenimiento del Complejo P.J., del restaurante-cafetería E.T., servicios de alquiler de hamacas y sombrillas en Playa Jardín y los dos bares-cafeterías en Playa Martiánez (EXP. 278/2011 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento del Puerto de la Cruz, es la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución del contrato administrativo para la explotación, en régimen de concesión, de los servicios de restauración del bar-cafetería-restaurante D., del bar-restaurante E.C., de la zona de restauración y mantenimiento del Complejo P.J., del restaurante-cafetería E.T., servicios de alquiler de hamacas y sombrillas en Playa Jardín y los dos bares-cafeterías en Playa Martiánez.

La legitimación para la solicitud de Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los artículos 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias en relación con el artículo 59.3.a), de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP) ,y con el artículo 109.1.d), asimismo básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

2. El contrato del que trae causa el presente procedimiento de resolución fue adjudicado el 3 de marzo de 2006. Por tanto, de conformidad con lo previsto en la Disposición Transitoria Primera.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la legislación aplicable viene constituida por el citado TRLCAP, pues el contrato fue adjudicado con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva regulación legal.

3. Este Consejo ya ha emitido sobre este asunto su Dictamen 82/2011, de 3 de febrero, en un procedimiento anterior que fue declarado caducado por la Administración municipal al haber transcurrido el plazo de tres meses desde su inicio sin haberse notificado la resolución culminatoria del mismo.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento de resolución contractual y que constan documentados en el expediente, son los siguientes:

1. En sesión celebrada el 3 de marzo de 2006 la Junta de Gobierno Local, previa la tramitación del oportuno procedimiento, adjudicó a la entidad R.T., S.L. el contrato, en régimen de concesión administrativa, de los servicios de restauración del bar-cafetería-restaurante D., del bar-restaurante E.C., de la zona de restauración y mantenimiento del Complejo P.J., del restaurante-cafetería E.T., servicios de alquiler de hamacas y sombrillas en Playa Jardín y los dos bares-cafeterías en Playa Martiánez, por un precio de 9.616.000,00 euros. El plazo de ejecución de la concesión, de acuerdo con la cláusula quinta del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), se fijó en quince años, a contar desde el día siguiente al de la formalización del contrato.

El contrato fue suscrito en documento administrativo el 26 de abril de 2006. Este mismo día se formalizó también un Anexo al contrato de concesión, cuyo objeto era poner de manifiesto algunas consideraciones surgidas en la recepción de las instalaciones, por lo que en el propio documento se justifica su formalización en la necesidad de complementar al propio contrato para evitar errores de interpretación. En la estipulación primera de este Anexo se estableció que el contrato entraría en vigor el 5 de mayo de 2006, fecha a partir de la cual la concesionaria asumiría todos los derechos y obligaciones y empezaría a computar el plazo de la concesión.

2. El 5 de diciembre de 2006, el Alcalde de la Corporación ordenó proceder a la inmediata suspensión de la actividad económica del restaurante "El Charcón", ante el peligro que suponía para los usuarios el deficiente estado de la estructura del techo.

Como consecuencia del cierre de esta instalación, la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 23 de febrero de 2007, acordó la reducción proporcional del canon que debía satisfacer la concesionaria, hasta tanto no finalizaran las necesarias obras de reparación, circunstancia ésta que se produce el 3 de octubre de 2007.

3. El 18 de marzo de 2008 tiene entrada en el Registro general del Ayuntamiento escrito de la concesionaria solicitando el restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión, alegando para ello la concurrencia de los siguientes motivos:

- Al no haber encontrado los servicios objeto de la concesión en condiciones aptas para su explotación, se han visto obligados a realizar una serie de inversiones que no estaban inicialmente previstas.

- Al margen de lo anterior, han surgido problemas estructurales en determinadas unidades que les ha imposibilitado explotar las mismas; en concreto, el grave estado en la cubierta del restaurante el Charcón que precisó de obras de reforma; el deficiente funcionamiento del alcantarillado, aguas fecales, emanaciones de gases y olores pestilentes en la estación de bombeo de aguas negras y de las arquetas y registros de Playa Martiáñez y Playa Jardín que motivaron el cierre del restaurante de Martiáñez; y, finalmente, la imposibilidad de explotar los servicios de temporada de Playa Martiáñez, por carecer la playa de las condiciones mínimas y por no haber contado con la preceptiva autorización de la Demarcación Provincial de Costas que debió gestionar el Ayuntamiento.

- Al no existir contadores de suministro de energía eléctrica individualizados para las unidades de explotación de Playa Jardín, encontrándose en la actualidad enganchados al alumbrado público, se han visto obligados a hacer frente en la facturación del citado suministro a la parte correspondiente al Ayuntamiento por el citado alumbrado público.

- Han tenido que asumir los costes de la limpieza de toda Playa Jardín, cuando, a su juicio, del Pliego sólo se deduce su obligación de limpiar la zona donde se ubican las hamacas y sombrillas, que constituyen el objeto de explotación.

A la vista de las deficiencias, la indemnización que reclama el concesionario abarca los gastos de inversión de puesta en funcionamiento de elementos objeto de concesión, el mantenimiento de alumbrado público, por falta de individualización de los contadores de energía eléctrica en Playa Jardín, la reducción proporcional del canon, el beneficio no obtenido (lucro cesante), los gastos de personal ocasionados por los establecimientos que han tenido que cerrar y el coste de las tareas de limpieza del litoral playero (Playa Jardín).

4. Mediante Decreto de la Alcaldía accidental, de fecha 19 de junio de 2008, se dispuso la paralización cautelar de la obligación de ingreso del canon del concesionario a partir del primer trimestre del ejercicio 2008, fundamentando dicha resolución en el hecho de que el concesionario así lo había solicitado en tres escritos de marzo de 2008 por encontrarse pendientes de contestar varias reclamaciones de cantidad que podrían ser objeto de compensación con el propio canon.

Consta también en el expediente que, en relación con el 3º y 4º trimestre del ejercicio 2007, se presentaron por la concesionaria solicitudes de aplazamiento en periodo voluntario que fueron concedidos, sin que por parte de la misma se atendiera ninguno en los plazos concedidos, si bien posteriormente solicita que se incluya dicha deuda en la que va a ser objeto de compensación.

La obligación de ingreso del canon de los dos primeros trimestres del año 2009 fueron también paralizadas por la Concejalía de Hacienda hasta tanto no se concretasen las posibles indemnizaciones y se alcanzase un acuerdo con el concesionario.

5. Con fecha 12 de enero de 2009, obra en el expediente informe de la Ingeniera municipal, constatando la situación de los contadores de suministro de energía eléctrica de Playa Jardín, según el cual "existe un único contrato con la empresa suministradora de energía eléctrica DEPCSA que engloba el suministro eléctrico para el Alumbrado Público de la zona de Playa Jardín y los locales de los servicios de restauración de la empresa concesionaria R.T. S.L.

6. Con fecha 12 de enero de 2009, obra en el expediente informe de la oficina técnica municipal, constatando que en el restaurante de Playa Jardín se han llevado a cabo las obras necesarias para su puesta en funcionamiento; toda vez que según se expone en el mismo: "La diferencia entre el estado actual del salón y el existente antes de la concesión a la citada empresa se resume exponiendo que las obras realizadas, partieron de la preexistencia sólo de la estructura del mismo". En el Anexo al contrato que se firmó para aclarar ciertas dudas de interpretación en el

momento de la recepción de las instalaciones, de fecha 26 de abril de 2006, el concesionario se comprometió a asumir las inversiones necesarias para poner en funcionamiento el local, quedando las obras de mejora a beneficio del Ayuntamiento, una vez finalizada la concesión.

7. El día 13 de enero de 2009 tiene entrada en el Registro general de la Corporación escrito de la concesionaria entendiéndose concedida, por silencio administrativo, su pretensión de restablecimiento del equilibrio económico-financiero.

8. De manera paralela a la reclamación de restablecimiento de equilibrio económico-financiero de la concesión, se ha tramitado un expediente para el rescate de dos unidades de explotación (bares- cafeterías en Playa Martiánez), del que se deducen los siguientes hechos:

- Con fecha 18 de febrero de 2008, la Alcaldesa dicta providencia ordenando que, previos los informes oportunos, se inicie el procedimiento para proceder al rescate parcial de ambas unidades de explotación; todo ello por concurrir motivos de interés público que aconsejan la demolición de las mismas dejando el lugar donde actualmente se ubican como un espacio diáfano, amplio y abierto de cara al mar.

- La Junta de Gobierno Local, en sesión extraordinaria celebrada el día 22 de febrero de 2008, acordó iniciar el procedimiento para el rescate parcial de la concesión administrativa adjudicada a R.T., S.L., respecto de las aludidas unidades de explotación, así como cursar al concesionario el aviso previo al que se refiere el artículo 99.1 del Texto Refundido de Disposiciones Legales Vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), y requerirle para que aportase la documentación que permitiese cuantificar la indemnización a que tiene derecho por el rescate de ambas instalaciones.

- Con fecha 13 de marzo de 2008, tiene entrada en el Registro general de esta Corporación escrito del concesionario aportando la documentación requerida y cuantificando el importe de la indemnización a la que cree tener derecho en la cantidad de un millón seiscientos veintitrés mil doscientos sesenta y seis euros con treinta y siete céntimos (1.623.266,37€) y dos millones ciento cincuenta seis mil ochocientos noventa y cinco euros con cincuenta y tres céntimos (2.156.895,53 €), en función de la fecha en que se haga efectivo el rescate parcial. En el mismo escrito solicitaba la reducción del canon concesional de cuatrocientos noventa y un mil novecientos dieciséis euros con veintitrés céntimos (491.916,23 €) y la suspensión

provisional de pago del canon hasta tanto se fijase la cuantía de la indemnización y se redujese el canon.

- En la reclamación de fecha 18 de marzo de 2008, relativa al restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión, respecto a los bares-cafeterías en Playa Martiánez, manifiesta que debido a problemas de funcionamiento del alcantarillado, se han producido acumulaciones de aguas fecales con las consiguientes emanaciones de gases y olores pestilentes procedentes de la estación de bombeo de aguas negras y arquetas de la zona, todo lo cual ha hecho imposible la explotación de ambos negocios. En apoyo de esta consideración obra en el expediente escritos del concesionario de fechas 17 y 24 de noviembre de 2006 y 2 de mayo y 19 de noviembre de 2007 denunciando la situación, e informes del técnico de medio ambiente municipal, de fecha 11 de febrero de 2008 y del Agente sanitario municipal, de fecha 9 de mayo de 2008, poniendo de manifiesto tales incidencias.

9. Para el estudio detallado de ambos expedientes (la reclamación de desequilibrio económico-financiero y el rescate de las cafeterías de Martiánez) la Administración municipal ha contratado la asistencia técnica de un asesor externo, cuyos informes de fecha 22 de diciembre de 2008, 2 de abril de 2009 y 20 de enero de 2010 obran en el expediente.

10. Con fecha 16 de julio de 2009, por la Tesorería municipal se remite oficio al Área de Hacienda, Patrimonio y Concesiones, informando de la existencia de los embargos recibidos sobre los créditos que tuviese o pudiese tener el Ayuntamiento a favor de R.T., S.L., por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social; de la Administración Tributaria Canaria del Gobierno de Canarias; del Juzgado de lo Social nº 3 de Santa Cruz de Tenerife y de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

11. Con fecha 5 de mayo de 2010, el Alcalde-Presidente dictó Decreto en virtud del cual sancionaba a la entidad R.T., S.L., como responsable de una falta grave, tipificada en el artículo 24.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas que rige la concesión, consistente en el incumplimiento del deber de abonar salarios a sus trabajadores, imponiendo al mismo la multa de dos mil cuatrocientos euros (2.400,00 €) a razón de 600,00 € por cada uno de los meses en los que se ha producido retraso en el abono de los salarios (noviembre y diciembre de 2009; y enero y febrero de 2010). Contra esta resolución se interpuso recurso de reposición por el concesionario que resultó desestimado por Decreto de la Alcaldía de fecha 29 de septiembre de 2010.

12. La Junta de Gobierno Local, en sesión extraordinaria celebrada el día 26 de julio de 2010, adoptó acuerdo por el que se paralizó cautelarmente la obligación del ingreso del canon del concesionario correspondiente al 3º y 4 trimestre del ejercicio 2009 y 1º, 2º y 3º trimestres del año 2010; mantener las paralizaciones anteriormente acordadas, desde el primer trimestre de 2008 hasta el 3º trimestre de 2010, mientras tanto se resuelvan definitivamente las solicitudes del concesionario. Por lo que se refiere al abono de los siguientes trimestres, se acordó que el concesionario “vendrá obligado a abonar el canon del 4º trimestre de 2010 y los que sucesivamente se devenguen, dentro de los cinco primeros días naturales de cada período, en la forma prevista en la cláusula 6.3 del Pliego de Condiciones del contrato, restableciéndose el régimen ordinario de pagos”.

Contra este acuerdo la entidad concesionaria interpuso, con fecha 1 de septiembre de 2010, recurso de reposición, con base en que tiene solicitada una compensación de deuda con el crédito que habrá de reconocérsele por diversas incidencias surgidas en la ejecución del contrato.

13. Con fecha 15 de septiembre de 2010, tiene entrada en el Registro del Ayuntamiento la Resolución de la SubDirección Provincial de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social, con Registro de salida en dicho Organismo de 9 de septiembre de 2010, en cuya virtud se deriva responsabilidad al Ayuntamiento como consecuencia del impago por la entidad concesionaria de las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a los trabajadores de los servicios concedidos, reclamando la cantidad de 1.498.545,41 € correspondientes al período 2006 a mayo de 2010.

Con fecha 20 de septiembre de 2010, la Junta de Gobierno Local, en sesión ordinaria, adoptó el siguiente acuerdo, en relación con la precitada Resolución:

“Primero.- Requerir a la empresa concesionaria (...), al objeto de que antes del 23 de octubre de 2010 haga frente al pago de la cantidad de 1.498.545, 41 € exigida por la Resolución de la SubDirección Provincial de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social, con Registro de salida en dicho organismo de 9 de septiembre de 2010 y entrada en el Ayuntamiento el día 15 siguiente, acreditando documentalmente ante este Ayuntamiento dicho pago.

Segundo.- Advertir al concesionario que, de no verificarse el expresado pago a favor de la Tesorería de la Seguridad Social en el plazo anteriormente indicado, se acordará por el Ayuntamiento la intervención administrativa/secuestro de la

concesión, con la finalidad de asegurar la continuidad en la prestación de los servicios concedidos así como el pago de la nómina de los trabajadores y el cumplimiento de la normativa en materia de Seguridad Social; todo ello sin perjuicio de estudiar la procedencia de la tramitación simultánea del expediente para la resolución del contrato, basada en un incumplimiento grave de las obligaciones contractuales esenciales” .

14. Con fecha 29 de septiembre de 2010, la Junta de Gobierno Local, adoptó el siguiente acuerdo en relación con el recurso interpuesto por el concesionario sobre levantamiento de la suspensión del pago del canon:

“Primero.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por R.T., S.L., contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 26 de julio de 2010, entendiéndolo ajustado a derecho el mismo, por los motivos expuestos.

Segundo.- Que una vez se notifique este acto de desestimación al interesado y con ello gane firmeza en vía administrativa el acto recurrido, por el Alcalde se dicte decreto por el que se levante la paralización de la obligación de pago y se le haga saber al recurrente que deberá abonar el canon del 4º trimestre de 2010 y los que sucesivamente se devenguen, dentro de los cinco primeros días naturales de cada período, en la forma prevista en la cláusula 6.3 del Pliego de Condiciones del contrato, restableciéndose el régimen ordinario de pagos” .

En el precitado acuerdo se señalaba como motivación que “aun cuando está pendiente de concretar el importe de la indemnización a la que podría tener derecho el concesionario, con los datos que está barajando esta Administración (siguiendo los criterios fijados en el informe del asesor externo contratado), una vez se actualicen los mismos con los meses del ejercicio corriente, todo hace pensar que el canon generado hasta el tercer trimestre del 2010 -cuya paralización se mantiene en la resolución impugnada- supera la cantidad que podría reconocerse por aquella indemnización. De ello se deduce que sería contrario al interés público mantener durante más tiempo la paralización del canon” .

15. Con fecha 5 de octubre de 2010, tiene entrada en el Registro general de esta Corporación, escrito del concesionario en el que solicita la resolución del contrato alegando la nulidad de pleno derecho del mismo por falta de disponibilidad sobre los bienes afectos a la concesión, derivada de la falta de inmatriculación de los mismos en el Registro de la propiedad, así como que concurren en el presente caso diversas causas de incumplimiento contractual imputables al Ayuntamiento, por los motivos que en el mismo se exponen.

16. El día 15 de octubre de 2010, R.T., S.L. presenta nuevo escrito en contestación al requerimiento de pago de las deudas con la Seguridad Social, realizado por la Junta de Gobierno Local, en el que solicita que por el Ayuntamiento se proceda, previamente, a abonarle las cantidades reclamadas en el expediente en concepto de indemnización y lucro cesante por diversas incidencias surgidas en la ejecución del contrato para de esta forma poder hacer frente al pago de la cantidad de 1.498.545,41 € exigidas por la Resolución de la SubDirección Provincial de la Dirección General de la Tesorería de la Seguridad Social, correspondientes al período 2006 a mayo de 2010. En el mismo escrito el concesionario expone que ha de ser este Ayuntamiento, como responsable subsidiario, el que abone la deuda reclamada por la Tesorería General de la Seguridad Social.

17. El 3 de noviembre de 2010 se emite informe jurídico en el que se propone desestimar la solicitud de declaración de nulidad del contrato, así como resolución del contrato por causa imputable a la Administración planteadas por el concesionario por las razones que en el mismo se indican. Se propone asimismo el inicio de oficio del procedimiento de resolución por causa imputable al concesionario, al haber incumplido sus obligaciones de naturaleza tributaria y con la Seguridad Social.

Con fecha 4 de noviembre de 2010, por el Secretario de la Corporación se prestó nota de conformidad al referido informe.

Consta seguidamente la Propuesta de Acuerdo de la Alcaldía, en los términos señalados en el informe jurídico, el informe favorable de la Intervención y el Dictamen, también favorable, de la Comisión Informativa de Economía, Hacienda y Nuevas Tecnologías.

18. Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local adoptado en sesión celebrada el 16 de noviembre de 2010 se inició el procedimiento de resolución contractual, que fue tramitado hasta la elaboración de su Propuesta de Resolución, sobre la que recayó el ya señalado Dictamen de este Consejo 82/2011, de 3 de febrero.

Con fecha 2 de marzo de 2011 la entidad interesada presentó escrito ante la Administración municipal en el que hacía constar que, en su criterio, el procedimiento se encontraba caducado al haber transcurrido el plazo de tres meses desde su inicio sin haberse notificado la resolución culminatoria del mismo, solicitando en consecuencia la declaración de caducidad.

Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local adoptado en sesión de 1 de abril de 2011 se estimó la solicitud del interesado y se declaró caducado el procedimiento, acordándose al mismo tiempo el inicio de un nuevo procedimiento fundado en la misma causa de resolución contractual.

III

1. El 1 de abril de 2011, como se ha señalado, la Junta de Gobierno Local inicia un nuevo procedimiento de resolución contractual fundamentado en el incumplimiento por parte de la entidad concesionaria de sus obligaciones con la Seguridad Social.

En este Acuerdo se ha dispuesto la conservación de todos los actos de instrucción del procedimiento declarado caducado anteriores al trámite de audiencia.

Se ha otorgado nueva audiencia a la entidad concesionaria, así como a su avalista, presentando alegaciones la primera en el plazo concedido al efecto en las que se remite a las efectuadas con ocasión del anterior procedimiento declarado caducado. Estima no obstante la imposibilidad de tramitar un nuevo procedimiento al encontrarse pendiente de resolución el recurso contencioso-administrativo que presentó contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local por el que desestimó su pretensión de resolución contractual por causa imputable a la Administración.

El 20 de abril de 2011 se emite informe jurídico, con nota de conformidad del Secretario de la Corporación, sobre las alegaciones presentadas por la entidad concesionaria, en el que se propone su desestimación y la resolución del contrato y que se eleva por la Alcaldía a Propuesta de Resolución del procedimiento.

IV

1. Como resulta de los antecedentes, con anterioridad al inicio del primer procedimiento de resolución contractual, la entidad concesionaria había interesado la resolución del contrato por causa, según estima, imputable a la Administración, con expreso reconocimiento de su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que supuestamente le fueron irrogados.

La Administración desestimó motivadamente esta petición del concesionario mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 16 de noviembre de 2010, sobre cuya conformidad a Derecho ya se pronunció este Consejo en su anterior Dictamen 82/2011, al que nos remitimos.

La interesada alega ahora que la circunstancia de que contra esta desestimación se encuentre pendiente de resolución el recurso contencioso-administrativo planteado impide a la Administración iniciar un nuevo procedimiento de resolución contractual, toda vez que debe estarse a la sentencia que en su día se dicte por el correspondiente Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

La pendencia del referido recurso no impide sin embargo, el inicio de este procedimiento, en relación con el cual ni tan siquiera se produce una situación de litispendencia que pudiera condicionar la resolución que ahora se dicte. Esta pretensión del interesado carece además de amparo legal.

2. La Administración fundamenta la resolución del contrato de referencia en la causa de resolución prevista en la Cláusula 26.1.m) PCAP, relativa a la "inobservancia de las disposiciones vigentes en materia laboral, de seguridad social, técnica y de prevención de riesgos laborales y de seguridad e higiene en el trabajo a la que se vea sometida la empresa adjudicataria en función de la actividad realizada".

Procede reiterar aquí las consideraciones que ya hiciera este Consejo en su anterior Dictamen recaído sobre este asunto, dada la identidad de causa y de hechos que fundamentan la resolución, por lo que se mantiene en similares términos el parecer de este Organismo:

En el expediente se encuentra acreditado el impago por parte del concesionario de las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a los trabajadores de los servicios concedidos. Precisamente este último incumplimiento motivó la apertura del expediente de derivación de responsabilidad al Ayuntamiento mediante Resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social en reclamación de la referida deuda, que asciende a la cantidad de 1.498.545,41 euros y que abarca el periodo desde julio de 2006 a mayo de 2010. El periodo reclamado evidencia que, habiéndose iniciado la ejecución del contrato con fecha 5 de mayo de 2006, el contratista en ningún momento ha cumplido las obligaciones legalmente impuestas en materia de Seguridad Social. Incorre por ello en la causa de resolución establecida en la citada cláusula 26.1.m) PCAP en relación con el apartado h) del artículo 111 TRLCAP.

"La entidad concesionaria ha alegado en su defensa que ha sido el impago por parte de la Administración de las indemnizaciones solicitadas lo que ha motivado este incumplimiento, pero esta circunstancia no le autoriza a retrasar o paralizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas, como ha señalado este Consejo en su

Dictamen 99/2004. No obstante, de la documentación obrante en el expediente cabe observar que el retraso de la Administración en el abono de tales cantidades reconocido por ella, puede haber contribuido relevantemente al incumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social, pues sin duda genera la falta de liquidez de la concesionaria, no compensándolo el hecho de que la Administración haya suspendido el pago del canon, desde el primer trimestre del 2008 hasta el tercer trimestre del 2010. Así, no sólo prevé su compensación con cargo a la indemnización debida una vez determinada su cuantía, dejando incluso el contratista de abonar el canon correspondiente al 3º y 4º trimestre del ejercicio 2007, sobre los que pidió un aplazamiento y que no llegó a hacer efectivo, sino que estas circunstancias coinciden con la imposibilidad material de actuar la concesión conferida que, precisamente, las justifica”.

3. Finalmente, por lo que se refiere a la incautación de la garantía constituida por el concesionario, se sostiene en la Propuesta de Resolución, en el mismo sentido que en la elaborada en el anterior procedimiento declarado caducado, que no es posible realizar en este momento un pronunciamiento respecto de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la misma, difiriendo dicho pronunciamiento al posterior expediente de liquidación del contrato.

Como ya señalamos en nuestro Dictamen 82/2011, este proceder contradice lo dispuesto en el artículo 113.5 TRLCAP, en cuya virtud el acuerdo de resolución debe contener un pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida.

De la Propuesta de Resolución resulta que esta decisión se hace depender de lo que resulte de la posterior liquidación del contrato, que habrá de determinarse en su propio procedimiento, habida cuenta de los incumplimientos de la Administración en cuanto a la indemnización a que tiene derecho el contratista, pendiente de determinar en su cuantía. Sin embargo, como también señalamos en el citado Dictamen, procediendo reiterar la aplicabilidad del precepto legal que exige que esta cuestión se determine en la propia Resolución, lo cierto es que, no siendo esto obstáculo para que se realice debidamente, con posterioridad, la liquidación del contrato concesional, con todos sus elementos y teniendo en cuenta las circunstancias producidas en la ejecución de la concesión, cabe considerar en este punto la ausencia de perjuicio de la resolución para la Administración y las antedichas circunstancias, referidas en el apartado precedente.

CONCLUSIONES

1. La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, teniendo en cuenta que, aun cuando quepa la resolución del contrato concesional por la razón en ella expresada, no se pronuncia sobre incautación o no de la fianza, debiendo forzosamente hacerlo, sin caber demorarlo a la fase de liquidación del contrato, sin perjuicio de que, en su caso, pueda servir a los efectos compensatorios pertinentes.

2. Al respecto se advierte que la incautación antedicha sólo procede en caso de incumplimiento culpable del contratista, presupuesto que, en este caso y dadas sus circunstancias no parece darse al fin indicado, como se expone en el Fundamento IV, reconociendo la Administración la existencia de incumplimientos por su parte de ésta con incidencia en la ejecución del contrato.